DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

AN

PROMISSOR FACTI LIBERETUR PRÆSTANDO ID, QVOD INTEREST?

Ob derjenige, ſo etwas zu **thun** verſpricht, ſeines Verſprechens entbunden werde, wenn er ſo viel leiſtet, als die Intereſſen der verſprochenen That betragen?

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

QVAM

EX DECRETO ILLUSTRIS FACULTATIS JURIDICÆ

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO, ICto

S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILARIO INTIMO, ACADEMIÆ FRIDERICIANÆ DIRECTORE, PROFESSORE JURIS PRIMARIO ET FACULTATIS JURIDICÆ PRÆSIDE ORDINARIO ET h. t. DECANO,

PATRONO MAXIME COLENDO

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA RITE CAPESSENDI

DIE XIX. APRILIS A. O. R. MDCCXXI. HORIS ANTE ET POMERIDIANIS

Publico Eruditorum Examini ſubmittit

M. CRISTIANUS SCHUBERT, VRAT. SIL.

RECUSA HALÆ MAGDEBURGICÆ 1736.

Typis JOH. CHRISTIANI HILLIGERI, Acad. Typogr.

Digitized by Google

DISSERTATIO JURIDICA

DE QUÆSTIONE:

AN PROMITTENS FACTUM LIBERETUR PRÆSTANDO ID QUOD INTEREST?

§. I

Communis Doctorum ſententia differentiam facit inter promiſſa dandi & faciendi, ut ille, qui aliquid ſe daturum eſſe promiſit, cogatur præſtare rem promiſſam, is vero, qui factum promiſit, cogi non poſſit vel non debeat, ſed liberetur præſtando id quod intereſt. Quæ ſententia etſi defendatur a JCtis celeberrimis, licebit tamen nobis tentare, annon probare poſſimus, ſententiam ei oppoſitam eſſe convenientiorem & rectæ rationi, & juri Romano, & Praxi hodiernæ.

Scopus diſſertationis.

§. II.

Ut vero ſtatus controverſiæ recte intelligatur, pauca quædam prænotanda ſunt. Primo dum de promiſſis loquimur, præſupponimus promiſſa quævis, quæ

De promiſſis agitur non de ultimis voluntatibus.

Digitized by Google

vel jure naturæ vel ſecundum diſpoſitiones legum civilium obligationem & actionem producunt, non vero hic attendimus diſpoſitiones teſtamentarias de dando vel faciendo, niſi quatenus ea, quæ in legibus Romanis hic convenientia cum promiſſis ut plurimum continentur, etſi non probationis gratia, illuſtrationis tamen loco, quandoque afferri poterunt.

§. III.

Factum quid hic denotet?

Deinde quamvis dare etiam ſub facti nomine in latiſſima ſignificatione comprehendatur, hoc loco tamen dare in ſpecie factum denotat, quo dominii rei cujuscunque corporalis, ſive mobilis, ſive immobilis translatio intenditur. Factum itaque dationi oppoſitum complectitur facta reliqua omnia, in tantum, ut etiam non facta ſub eo comprehendantur, ſive cum aliquid non fieri debere promiſſum eſt.

§. IV.

Quid liberari præſtando intereſſe? Plenior formatio ſtatus controverſiæ.

Tertio nullum quidem eſt dubium, quin ille, qui factum promiſit, liberetur præſtando intereſſe, ſi is, cui factum fuit promiſſum, non egerit ad facti adimpletionem, ſed ad intereſſe præſtandum. Sed de hoc non eſt quæſtio. Verum illud quæritur: Utrum præſtatio intereſſe loco facti promiſſi ſit inventa in favorem actoris, ut in hujus arbitrio ſit, an ad impletionem facti promiſſi agere velit, an promiſſorem convenire, ut, ſi promiſſum ſervare noluerit, ipſi intereſſe præſtet, & loco facti det aliquid in compenſationem lucri ceſſantis, & damni emergentis; Utrum vero præſtatio facti ſit in arbitrio promitentis, ita, ut non poſſit cogi ad factum præſtandum, ſed, etiam ſi actor præſtationem facti ab ipſo poſtulaverit, etiamſi judex per ſententiam eum condemna-

demnaverit, ut factum præſtet, tamen ad factum præſtandum cogi nequeat, ſed liberetur præſtando intereſſe?

§. V.

Poſterius affirmat communis Doctorum Schola, eorumque non ſolum vulgarium ſed & virorum undiquaque celeberrimorum. Pauciſſimos ſaltem allegare liceat, puta Wiſſenbachium *ad Pandectas Diſputat.* 26. *theſi* 8. Struvium *Exercit.* 47. *ad Pand.* §. 22. Eckholdum *ad Pand. tit. de Verb. Obl.* §. 9. Stryckium *in Uſu Moderno ad tit. de pactis.* §. 10. Hoppium *ad inſtitut. de Verb. obl.* §. *ult.* p. 666. Georgium Beyerum *in Poſition. ad Pand. tit. de Oblig. & Act. &c.* Plures ex antiquioribus citat. Wiſſenbachius *dicto loco.* Prius poſt paucos alios, puta Cujacium, Coraſium, Perezium a ſe citatos defendit Huberus *in Prælect. ad Inſtitut. de Verb. Obl. Sect.* 5. p. 274. *ſeq.* quem poſtea ſecutus etiam eſt Dn. Præſes *in Diſſert. de arrhis emtionum anno* 1702. *habita* §. 20. *& in notis ad Inſtitut. tit. de V. O.* p. 219. *& ad Pand. tit. de pactis* p. 63. *ſeq.* etſi in Scholiis *ad Huberi poſitiones tit. Inſtitut. de V. O.* adhuc communem ſententiam ſecutus fuerit. Atqui hæc Huberi ſententia videtur initio perſpicue ex ipſa natura promiſſorum, item actionis ad intereſſe, ſecundum principia juris naturæ breviſſimis ita demonſtrari poſſe.

Autores præcipui pro utraque ſententia.

§. VI.

Moribus omnium gentium ex ipſo dictamine rectæ rationis receptum eſt, pacta & promiſſa eſſe ſervanda, & adeo judicis officium eſſe, ut nolentem ſatisfacere obligationi ſuæ, remediis legitimis ad ſatisfactionem adigat. Nulla hic occurrit diſtinctio, inter obligationes dandi & faciendi. Cur enim magis liceat fidem fallere, ſi facere aliquid promiſerim, quam ſi promiſerim dare? Unde alii JCti ſemel admiſſo hoc abſurdo, omni æquitati

Negativa probatur ex natura promiſſorum quorumvis.

 repu-

Digitized by Google

repugnante, ut in arbitrio decipientis ſit, utrum fidem datam circa factum adimplere, an alteri intereſſe præſtare velit, in aliud prolapſi ſunt, non ſolum aſſerentes, ſed & prolixe defendentes, nec venditorem præciſe teneri ad tradendam rem, ſed liberari præſtando intereſſe, quia venditor obligetur ad tradendum, traditionem vero factum eſſe.

§. VII.

Et ex poteſtate Judicis cogendi refractarios, partim eadem cum executione promiſſorum dandi.

Porro nec in obligationibus faciendi deſunt judici remedia legitima, refractarios ad ſatisfactionem adigendi, etſi quandoque differentia a remediis cogendi eos, qui dare nolunt, quod promiſerunt. Dico *quandoque:* Nam etiam in factis nonnunquam eadem remedia judici competunt, quæ in dationibus promiſſis. Vendidiſti equum, ædes, &c. Non vis tradere ſponte. Judex per miniſtros ſuos equum tibi aufert, ex ædibus te tuaque mobilia exmittit, & emtorem immittit. Eodem modo exequendi judex uti poterit in quibusdam facti promiſſionibus, v. g. Uſum ædium vel pecudum alicui concedere, non datio eſt, ſed factum dationi oppoſitum. Locaſti igitur uſum pecudum, vel ædium; aut fundi conductori, non autem vis tradere; eodem modo tradet citra voluntatem tuam judex, uti dixi tradere poſſe res venditas.

§. IIX.

Partim mulcta pecuniaria & carcere.

Interim non eſt diffitendum, hoc remedio non poſſe uti judices in omnibus promiſſionibus factorum. Quidſi enim v. g. promiſerim ire, loqui, ædificare, pingere? &c. H.c nulla per miniſtros ſuos ablatione aut exmiſſione uti poterit Judex. Ita eſt. Non diffiteor. Quid ergo faciet, inquis, ut cogat factum præſtare nolentes, & pertinaciter quidem nolentes? Miror te talia quæ-

quærere. An oblitus es verſiculi: *Munera crede mihi placant hominesque Deosque.* Sed regeris, verſiculum hunc de cepis loqui, nos de allio. Expecta pauliſper. Pecunia & res pecunia æſtimabiles uti flectunt aliorum hominum animos, ut idem nobiſcum velint, ita mulcta pecuniaria capax eſt, flectere hominum etiam pertinaciſſimorum renitentiam, ut faciant, quæ judex fieri præcipit. Sed refractarius non habet pecuniam aut res pecunia æſtimabiles: Iro pauperior eſt: Quomodo hic cogi poterit, ut factum impleat? Pudet me tui nomine, quod tam levia dubia proponas, quæ etiam adoleſcens minime eruditus, imo judex ruſticus ſine hæſitatione ſolvere poſſit. Carcere coget. An neſcis carcer eſſe malam manſionem cum in finem inventam, ut pertinaces pauperes & his ſimiles pertinaciam ſuam deponant?

§. IX.

Item ex origine & cauſa actionis ad intereſſe.

Sed cur tamen, inquies, actio ad intereſſe inventa eſt, cur ejus in legibus toties fit mentio? Certe valde iniquus eſſet in Jureconſultos aut Conſiliarios ac Regentes, cujuscunque etiam Gentis, etſi Hottentotticæ, qui ſibi perſuaderet, eos, ſi vel mica judicii & æquitatis in illis fuiſſet, eo iniquitatis potuiſſe progredi, ut actionem hanc invenirent in favorem hominum improborum & fraudulentorum, uno verbo in favorem nebulonum. Quin potius age conſidera ſaltem pauliſper naturam negotiorum humanorum & promiſſorum valde variantium, & tunc ſtatim apparebit, actionem ad intereſſe ex dictamine rectæ rationis inventam eſſe in favorem defraudatorum & adeo actorum, non reorum decipientium & defraudantium, ne videlicet decipientes locupletentur cum damno deceptorum, aut ne in ſinu gaudeant, quod cogi commode non poſ-

ſint

Digitized by Google

ſint. Sed cogita ſimul in anteceſſum, cauſam impulſivam hujus inventi primariam nequaquam eſſe quærendam in differentiis promisſionum de dando & faciendo, ſed in aliis circumſtantiis.

§. X.

Quæ obtinet 1) ſi promittens rem vel factum promiſſum amplius præſtare nequeat.

Nam ſæpe accidit, ut qui factum promiſit, & tamen præſtare noluit, tempore actionis inſtitutæ non amplius ſit in eo ſtatu, ut factum præſtare poſſit, & tamen per facti denegationem præcedentem violavit fidem, & damnum dedit alteri. Ita v. g. Comes Palatinus promiſit, quod alium creare voluerit gratis Notarium: Poſtea fidem ſefellit, & dum actor eum ad fidem implendam convenire vult, privatur a Cæſare Comitiva. Jam non poteſt amplius adimplere promiſſum, etſi vellet. Hic æquitas omnibus Gentibus communis & ex dictamine rectæ rationis orta dictitat, læſo dandam eſſe actionem ad intereſſe. Et hæc cauſa inventæ actionis ad intereſſe in his & ſimilibus caſibus communis eſt promiſſis dandi & faciendi. Ita ſi is, qui equum mihi vendidit, equum, non quidem fidem violandi animo, ſed ex impetu interficiat, etſi poſtea ſtatim eum pœniteat, non poterit tamen condemnari, ut promiſſionem impleat, ſed ſolum damnandus erit, ut actori ſolvat id quod intereſt.

§. XI.

2) Si rei promiſſæ vel facti præſtatio ad certum tempus reſtricta fuerit.

Porro ſæpe accidit, ut utilitas, quam is, cui promittitur, ex re vel facto promiſſo ſperat, ad certum tempus reſtricta ſit, ita, ut nullam utilitatem inde ſenſurus ſit, etiamſi reus poſt tempus elapſum rem exhibere aut factum præſtare voluerit. v. g. Promiſit mihi quis, ſe ſoluturum vel mutuo daturum eſſe centum proximis nundinis, vel ſe mihi commodaturum eſſe mobilia pretioſa certo & ſolenni feſtivitatis tempore, vel denique, ſe in termino

certo

certo juridico procuratorio nomine, mei loco, compariturum eſſe in judicio, aut cauſam meam acturum &c. Dum autem fidem violat, cogor nundinarum tempore ſub gravioribus uſuris alibi mutuum accipere, aut mobilia pretioſa tempore feſtivitatis data mercede alibi locare, aut judex, nemine meo nomine in judicio comparente, me condemnat in impenſas. Hic nemo dubitat, actori concedendam actionem ad intereſſe non in favorem ſed odium rei, adeoque nec hoc caſu differentiam eſſe inter promiſſa dandi & faciendi.

§. XII.

3) Si promittens aliquid non fieri debere contra tamen promiſſum ſuum id fecerit.

Dixi ulterius jam ſupra, promiſſa factorum promiſſis dandi oppoſita comprehendere etiam non facta. At ſi aliquid non fieri debere promiſerim, & tamen contra promiſſum id fecerim, ſenſus communis docet, quod ex natura negotii actor non poſſit inſtituere actionem ex promiſſo ad id tendentem, ut promiſſum adimpleatur, cum factum infectum fieri nequeat. Sed nec hic differentia eſt, ſi accurate loqui velis inter promiſſa dandi & faciendi. Nam eadem eſt ratio, ſi quis mihi promiſerit, ſe alteri quid non daturum & tamen dederit. Ergo & hic utrobique favor actoris & odium rei poſtulant, ut actori concedatur actio ad intereſſe.

§. XIII.

4) Si promittens factum magnam induſtriam & fidelitatem animi præſupponens id præſtare nolit.

In eo tamen inter promiſſa dandi & faciendi eſt differentia, quod in promiſſis dandi actoris parum interſit regulariter, ſive reus dationem aut traditionem impleat lubens an invitus & coactus. Sed intuitu factorum hic varii gradus & genera ſunt obſervanda, prout nempe facta promiſſa vel requirunt ſolum laborem corporis ſine ſingulari induſtria, artificio, aut fidelitate extraordinaria, vel talia ex intentione ſtipulantis re-

Digitized by Google

quirunt. Prioris generis exempla poſſunt eſſe operæ ordinariæ & vulgares ruſticorum, opificum mercenariorum, nunciorum, & ſimiles. Poſterioris generis, pictura ab inſigni artifice promiſſa, educatio liberorum aut informatio, doctrina rariorum & utiliorum ſcientiarum & artium. Medii generis facta non pauca ſunt, ſed prope dixerim etiam infinita; ita opifices mercenarii v. g. non recte & non prudenter ædificando poſſunt in cauſa eſſe; ut ædes extructæ mox ruinam patiantur &c. Etſi igitur etiam illi, qui a promittentibus facta artificialia & fidelia illorum denegatione ſubſecuta læſi ſunt, poſſint carcere & mulcta pecuniaria mediante judice eos ad præſtationem factorum adigere, tamen utilius eſt, intuitu actorum, ſi intereſſe ipſis hoc caſu præſtetur a fidem fallentibus, quam ſi eos metu pœnæ compellant ad faciendum, cum haud dubie tum pertinaces facient quidem quod promiſerunt, ſed ſuperficiarie, & negligenter, cum ſciant, difficillimum eſſe probare aptitudinem & capacitatem artificum, & ita ſe ſemper poſſint excuſare, quod non melius didicerint, aut quod non melius facere poſſint.

§. XIV.

Ubi & tum actio ad intereſſe conceditur in favorem actoris non rei.

Igitur & in talibus caſibus mores gentium communes indulgent læſis actionem ad intereſſe, nec dubium eſt, hanc obſervationem oſtendere differentiam aliquam palpabilem inter promiſſa dandi & faciendi, cum hæc obſervatio, etſi non pertineat ad omnes factorum promiſſiones, nullum tamen uſum habeat in promiſſionibus dandi. Cave tamen, ne propterea exclames, ad hunc caſum certe reſtringendam eſſe communem ſententiam, quod ſaltem in ejusmodi factis fidem violans non poſſit cogi ad factum præſtandum, ſed liberetur præſtando id, quod

actoris

actoris intereſt, & quod adeo hic actor cogatur accipere intereſſe loco præſtationis facti, & res ita non ab arbitrio actoris, ſed rei dependeat. Nam & hoc pacto nihil obtinebis, cum modo dixerim, & in his caſibus in arbitrio quidem actoris eſſe, utrum adimpletionem promiſſi an ſolutionem ejus quod intereſt ab adverſario petere velit, ſed tamen prudentius & conſultius eſſe pro actore, ſi ad intereſſe agat, quam ad adimplementum promiſſi. Manet vero in ejus arbitrio, utra actione uti velit, neque enim quis regulariter cogitur ad promovendam propriam utilitatem & ad ſequenda conſilia amicorum. Certe ſenſui communi repugnat actionis alterutrius inſtitutionem dependere ab arbitrio fidem violantis.

§. XV.

Cur promiſſa pœnalia fuerint inventa.

Alia quæſtio (primario ad nos non pertinens ſed ſaltem ob affinitatem obiter tangenda) eſt: Utrum actio ad intereſſe regulariter ſit remedium melius & efficacius proſpiciens læſis, quam ſi conveniant actorem, ad implementum contractus, ſi videlicet negotii qualitas id permittat, & excluſis adeo caſibus §. *X. XI. XII.* recenſitis? Etſi enim §. *præced.* dicta innuant, conſultius eſſe actori in illis caſibus, ſi intereſſe conſequatur, id tamen etiam ſimul ſupponendum eſt, non poſſe actorem intereſſe conſequi, niſi prius id probaverit. At probatio damni ex denegatione promiſſi emergentis & lucri ceſſantis orti ut plurimum eſt difficillima, unde dictum vulgare: *In actionibus injuriarum lucramur nihil aut parum*, æque ad actiones ad intereſſe frequenter applicandum erit, niſi loco probationis facilioribus & evidentioribus mediis quis utatur, v. g. uſuris conſuetis ubi de intereſſe pecuniario lis eſt. Cum vero hæ ad facta & eorum denegationem appli-

Digitized by Google

plicari nequeant, inde Doctores multa loquuntur de adjicienda promiſſionibus, potiſſimum factorum, alia promiſſione pœnali, ut ſi poſtea factum promittens obligationi ſuæ ſatisfacere nolit, pœnæ loco v. g. centum promittat: Tum enim actor, ſi centum petat, cenſetur intereſſe ſuum tanti æſtimaſſe, nec opus habebit actione inſtituta de probatione ulteriori, quod tanti ejus interſit, eſſe ſollicitus.

§. XVI.

Novum dubium, an tali promiſſa pœnalia novationem inducant, an non.

Quæ etſi nullum habeant dubium, neſcio tamen qui fiat, ut promiſſiones ejusmodi pœnales raro appareant in praxi, imo, ſi penitius hoc inventum inſpicias, neſcies, utrum optandum ſit, ut frequentius appareant, cum nova ſe offerat litigandi occaſio, utrum promiſſio hæc pœnalis inducat novationem nec ne, id eſt, utrum is, cui factum eſt promiſſum poſſit adhuc ad adimplendum factum agere, an vero cenſeatur adjecta illa ſtipulatione pœnali ſuſtuliſſe obligationem facti, & loco ejus ſubſtituiſſe pœnam ſive intereſſe determinatum. Quæ quæſtio non ita facile & evidenter ſolvi poteſt, uti principalis illa, de qua diſputamus. Siquidem diſſentientes a nobis, & qui docent, regulariter eum qui factum promiſit, etiam absque adjecta ſtipulatione pœnali liberari præſtando intereſſe, debebant aſſertum hoc ſuum multo magis eo extendere, ut (adjecta ſtipulatione pœnali) multo minus poſſit promittens cogi ad factum præſtandum, ſed actor debeat eſſe contentus, ſi ſummam determinatam ipſi ſolvat. Sed tamen ſuo loco videbimus, diſſentientium nonnullos in quæſtione de ſtipulatione pœnali novationem non admittere.

§. XVII.

Oſtenditur poſteriorem

Quod vero noſtram ſententiam attinet, videndum erit, quænam fuerit intentio eorum, qui ſtipulationem pœna-

Digitized by Google

ſententiam eſſe veriorem.

pœnalem adjecerunt. Id forte nullum habet dubium, ſi ſimpliciter ita promiſſio fuerit facta: Promitto me inſulam eſſe ædificaturum aut centum daturum; vel promitto me centum eſſe daturum, ſi inſulam non ædificavero; tunc electionem eſſe penes promittentem, tanquam in promiſſo disjunctivo vel conditionali, quia tum una erat promiſſio. At vero in noſtra quæſtione ſtipulatio pœnalis promiſſo alii præcedenti eſt adjecta & ejus quaſi acceſſorium, circa quam adeo quæritur, an cenſeatur ſuſtuliſſe promiſſionem præcedentem, an vero ejus firmandæ gratia fuerit adjecta. Puto videndum eſſe ante omnia, quid actum fuerit, id eſt, qua intentione ſtipulatio poſterior fuerit adjecta, nam poſſe paciſcentes, ſi velint, utrumque facere, nullum eſt dubium. Qnodſi autem intentio ea aliunde non appareat, videndum erit, quis poſteriorem adjecerit promiſſionem, utrum promittens, an is, cui prior promiſſio facta. Nam regulariter is, qui in negotio mutuo circumſtantiam aliquam adjicit, cenſetur id facere in dubio ſuæ utilitatis gratia. Ergo ſi promittens curaverit adjici, ſe centum daturum, ſi inſulam non ædificaverit, præſumetur eo ipſo poteſtatem eligendi ſibi reſervare voluiſſe, ſed hoc pacto ſtipulatio adjecta non erit pœnalis, quia pœna infertur invito. Ergo cum quæſtio propoſita loquatur de ſtipulationibus pœnalibus, quæ in favorem actorum inventæ, adeoque ab his cenſentur eſſe adjectæ ad confirmationem promiſſi prioris & in pœnam deceptoris adverſarii, non in ejus favorem; luce meridiana clarius eſſe arbitror, in dubio non cenſeri ſtipulationes pœnales eſſe novandi animo adjectas.

§. XVIII.

Jure Romano nihil diverſum a

Hactenus dicta ſufficere poterunt ad demonſtrandam veritatem aſſertionis noſtræ ſecundum principia ju-

noſtra doctrina proponi. ris naturæ. Jam videamus, an aliter ſenſerint Jureconſulti Romani. Ubi quidem latiſſimus ſe campus aperiret, ſi omnes leges Romanas adducere vellemus, quæ hactenus dicta corroborant, vel cum iis conveniunt. Cum vero nobis jam non ſuperſit tempus, ſingulas leges huc pertinentes producere, ſufficiat, præmiſſa obſervatione generali, (quod Jus Juſtinianeum etiam collectum ſit ex principiis juris naturalis & gentium, & quod adeo non tam ſollicitus quis eſſe debeat de monſtranda convenientia Juris Romani cum jure Gentium, quam de eo, quod jus Romanum juri Gentium addiderit aut detraxerit,) ſaltem hoc loco in univerſum annotare: Jure Romano nusquam aſſeri, quod ſecundum communem interpretum opinionem, promittens factum non poſſit cogi ad ejus præſtationem, ſed quod in ejus arbitrio ſit, actori etiam invito præſtare intereſſe, adeoque nihil hic ſupereſſe, quam ut ad argumenta diſſentientium reſpondeamus.

§. XIX.

Præſtationem Pauli Jureconſulti a datione & facta parum differre. Antequam tamen id fiat, non injucundum erit pauca quædam annotare, ex quibus hactenus dicta aliquo modo illuſtrari poterunt. Dixi in §. *III.* quænam ſit differentia inter promiſſa dandi & faciendi. Eadem diſtinctio adhibetur in Jure Romano non ſolum *in toto titulo ff. de præſcriptis verbis*, & in recenſendis quatuor ſpeciebus contractuum innominatorum, do ut facias, facio ut des &c. ſed & in definitione ſtipulationis §. *I. Inſt. de V. O.* in verbis; *cum quid dari vel fieri nobis ſtipulamur*, juncto §. *ult. eod.* & alibi paſſim. Adeoque non curamus ſubtilitatem Pauli, JCti, ut notum, paululum ſubtilioris, ſed & obſcurioris, dum *l.* 3. *pr. de V. O.* obligationem definit, quod ſit vinculum juris, quo neceſſitate ad-

Digitized by Google

adſtringimur ad *dandum* aliquid vel *faciendum* vel *præſtandum*. Quid enim hic eſt præſtatio dationi & facto oppoſita ? Sane præſtatio de utroque promiſſionis genere dandi & faciendi dici ſolet, nam & res præſtatur, dum traditur, & factum, dum promiſſum ſervatur. Imo etiam intereſſe præſtari dicitur. Ita ipſe Beyerus loquitur *ad Inſtit. de V. O. poſit. 25. & 26.* & tamen idem *ad Pand. de O. & A. §. 8. & ſeq.* ſollicitus fuit, ut ſubtilitatem hanc Pauli obſcuram & parum utilem exponeret, aſſerendo: *Dare* eſſe transferre dominium verum vel quaſi, quorſum ſpectet mutuum, emtio, donatio, permutatio: *Facere* eſſe laborem corporis vel animi præſtare, ut fieri ſoleat in mandato, tutela, depoſito, negotiorum geſtione, locatione operarum; Denique *præſtare* eſſe transferre uſum vel poſſeſſionem vel quodcunque aliud jus excepto dominio, id quod fieri ſoleat in locatione rei, commodato, pignore. Sed cui uſui ? Ergo mallem omittere *præſtationem* illam Paulinam in definitione obligationis, & eam ſub facto comprehendere.

§. XX.

Parum utilis diſtinctio inter facta nuda & qualificata.

Eidem obſcuræ ſubtilitati Paulinæ ſimilis eſt diſtinctio factorum a quibusdam JCtis uſurpata, quod ſcilicet *facta* ſint vel *nuda* ſeu *mera*, quæ citra operam hominis & membrorum applicationem perfici non poſſunt, v. g. Romam ire, pingere, inſulam ædificare, artibus liberalibus aliquem inſtruere; alia *non nuda*, ſeu *prægnantia*, vel *qualificata*, quæ ſimul in rei præſtatione occupentur, ut ſolvere, numerare, reddere, tradere, ut in venditione, donatione &c. addita applicatione, ut ſententia communis (in promiſſis facti debitorem liberari præſtando intereſſe) valeat ſaltem in promiſſis nudis, non in qualificatis ſeu non nudis. *vid.* Hoppius *d. l. p.* 666. Hic equidem

non

non nego terminos hujus diſtinctionis occurrere in jure *v. g. in l. 52. §. I. de V. O.* ubi Ulpianus dicit: *ſi quis vacuam poſſeſſionem trad: promiſerit*, non nudum factum *hæc ſtipulatio continebit, ſed cauſam bonorum.* Nego tamen, quod hæc diſtinctio magnum uſum præſtet, cum Ulpianus in *l. 52. §. 1. de V. O.* ad quam etiam hic provocat Hoppius, doceat: quod *verbum* facere *omnem omnino cauſam complectatur, dandi, ſolvendi, numerandi, judicandi, ambulandi:* Nam judicare & ambulare ſunt haud dubie facta nuda: Nego, quod per hanc diſtinctionem probetur, in factis nudis aliquem liberari præſtando intereſſe: Accepto, quod fateatur Hoppius, in factis nonnudis, & ubi traditio promiſſa eſt, debitorem non liberari præſtando intereſſe: Noto, quod hæc diviſio factorum iterum confundat facta cum dationibus, dum factis nonnudis immiſcet iterum venditionem & donationem. Unde non mirandum, quod alii facta nonnuda pro ſynonymis dationis habuerint, & facta dationi oppoſita nuda vocaverint, ut Schœpfferus *ad tit. Pand. de pactis n. 28. ſeq.* Denique concedo, in multis factis nudis difficulter promittentes cogi poſſe ad facta præſtanda, & adeo hoc intuitu concedendam eſſe actionem ad intereſſe. Sed jam ſupra §. *XIV.* oſtenſum fuit, id nequaquam in favorem reorum, ſed potius in favorem actorum fieri.

§. XXI.

Textus juris Romani generales de fide data ſervanda, & quod alius pro alio ſolvi non poſſit.

Quemadmodum porro ſupra §. *VI.* ſententiam meam probavi ex natura communi omnium promiſſorum, quod ſint ſervanda, ita idem repetunt leges Romanæ, nec uſquam diſtinguunt inter promiſſa dandi & faciendi. *Quid tam congruum eſt fidei humanæ*, inquit, Ulpianus *l. 1. pr. de pactis, quam ea, quæ inter eos placuerunt ſervare?* Et alibi *l. 1. pr. de conſtit. pec. Prætor favet naturali æquitati, qui conſtitu-*

ſtituta ex conſenſu facta cuſtodit, quoniam grave eſt fidem fallere. Et Paulus *l. 2. §. 1. de Reb cred.* *Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt.* Scio equidem, non deeſſe adverſariis, quæ regerant, ſed ſcio etiam, iſtas exceptiones eſſe meras petitiones principii, aut aperte vim textibus inferre, vel aliena immiſcere, adeoque reſponſiones prolixas non mereri. Ita Wiſſenbachius ad dictum Ulpiani de pactis ſervandis reſpondet. *Servari promiſſa ſane conſentaneum eſt, & peccat, qui non ſervat, ideoque certis modis coercetur, unde tamen abſolutam neceſſitatem perperam inferas. Nec quicquid eſt in conventione, ſtatim eſt in obligatione. Sic inter vendis rem & emtorem convenit, ut dominium rei tranſeat in emtorem* l. pen. §. ult. de contr. emt. *Venditor tamen non cogitur, emtorem facere dominum rei.* l. 11. §. 2. de act. emt. *Conventio eſt facti: obligatio juris, jus talem producit obligationem, qualem ipſum jus vult. Obligationis vinculo neceſſitate adſtringimur ad dandum vel faciendum, SECVNDVM NOSTRÆ CIVITATIS JVRA* princ. tit. Inſt. de oblig. Poſſent hæc omnia tolerari, ſi modo probaſſent diſſentientes juribus, civitatis Romanæ introductum eſſe, ut facti debitor liberetur præſtando intereſſe. Hoppius repetit diſtinctionem Wiſſenbachii inter neceſſitatem *abſolutam* & inter neceſſitatem *ex natura obligationis*, & de hac intelligit leges a nobis productas. Addit, ſi promittens factum, etiam invito creditori præſtet intereſſe, *tum non ſolvi aliud pro alio, quia vi & poteſtate juris propter moram intereſſe ſuccedat in locum facti.* Vides hic iterum, petitionem principii committi.

§. XXII

In venies etiam in Jure Romano applicationem præcedentis regulæ generalis tam ad promiſſa dandi, quam ad *Æque in promiſſis dandi*

C

ad promiſſa faciendi. Ait iterum Ulpianus *l.* 11. §. 1. *de act. emt. Imprimis ſciendum eſt in hoc judicio* (emt.) *id demum deduci, quod præſtari convenit. Cum enim ſi bonæ fidei judicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præſtari, quod inter contrahentes actum eſt.* Non tamen diſſimulo, melius facturum fuiſſe Ulpianum, ſi paulo diſtinctius mentem ſuam hic aperuiſſet: Nam ratio primaria quidem, (quod pro nobis facit,)non collocatur in eo,quod hic ſit promiſſio dandi, non faciendi; interim nec ratio primaria etiam debuiſſet in eo collocari, quod emtio ſit contractus bonæ fidei. Quaſi in contractibus ſtricti juris non ſit eadem ratio, & quaſi contractus ſtricti juris ſint bonæ fidei adverſi. Unde alibi recte Juſtinianus diſpoſuit, traditionem rei donatæ etiam in ſtipulatione promiſſam præſtandam eſſe & ad eam compelli debere promittentem, imo etiam citra ſtipulationem debere rem donatam tradi, addita ratione æquiſſima. *Cum enim in arbitrio cujuscunque ſit hoc facere, quod inſtituit, oportet eum vel minime ad hoc proſilire, vel cum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus ſuum propoſitum defraudare, tantamque indevotionem quibusdam quaſi legitimis velamentis protegere &c. l.* 35. §. 5. *Cod. de donat.* Quod monitum Imperatoris ita generale eſt, ut etiam obtineat in promiſſis faciendi.

§. XXIII.

in obligationibus faciendi. Sed & ubi non de dando ſed faciendo ſermo eſt, leges Romanæ jubent, debitores cogendos eſſe ad facta præſtanda. Huc pertinet textus Papiniani *l.* 28. *de donationibus. Hereditatem pater ſibi relictam, filiæ ſui juris effectæ donavit, creditoribus hereditariis filia ſatisfacere debet, vel ſi hoc minime faciat, & creditores contra patrem veniant, cogendam eam per actionem præſcriptis verbis, patrem*

trem

trem adverſus eos defendere. Vides hic, filiam cogendam ad factum, etiamſi id non diſerte promiſerit (ex natura negotii, aut ex quaſi contractu, aut ex lege) multo magis ergo ex hac Papiniani hypotheſi cogenda eſſet, ſi defenſionem diſertis verbis promiſiſſet. Atqui hoc argumentum a minori ad majus agnoſcit ipſe Hoppius, & tamen hic iterum ad id tollendum repetit diſtinctionem inter coactionem præciſam ſeu abſolutam & quæ talis ſit ſecundum naturam obligationis, & putat, hunc etiam textum de poſteriori neceſſitate eſſe intelligendum, ubi iterum committit petitionem principii. Idem dicendum ad reſponſionem Wiſſenbachii, qui dicit, Papinianum non intelligere coactionem præciſam, ſed juxta naturam actionis præſcriptis verbis alternatam, ut aut fiat, quod conventum eſt, aut id quod intereſt, præſtetur. Nam hæc coactio alternata eſt ens mere cerebrinum.

§. XXIV.

Ut & in additione hereditatis.

Idem etiam obtinet in ſucceſſione hereditaria ob æquitatem videlicet communem, obligationi cuicunque eſſe a debitore quocunque ſatisfaciendum. Hinc non ſolum in Inſtitutionibus *§. 7. de fideic. hered.* dicitur, *neceſſitatem* imponendam eſſe heredi fiduciario, ut hereditatem adeat & reſtituat, ſed & id latius deducunt in Pandectis Ulpianus & Hermogenianus *l.* 13. *§.* 4. 5. *l.* 14. *§.* 1. *ad SCt. Trebell.* in tantum ut etiam filius familias, ſi magiſtratum gerat, poſſit patrem, in cujus poteſtate eſt, cogere ad reſtitutionem, & ut heres repudians etiam cogi debeat. Quid hic Wiſſenbachius? Loco reſponſionis contradicit JCtis Romanis, & ad ſuam neceſſitatem non præciſam & cerebrinam iterum provocat. *Præciſa* ait, *neceſſitas non incumbit heredi, ſed eo tergiverſante hereditas habebitur pro adita, ut poteſtate juris tranſeant actiones, nec locus ſit venientibus*

Digitized by Google

ab inteſtato. Imo miſcet jus novum Juſtinianeum cum jure Pandectarum, cum Juſtinianus antiquam coactionem ſuſtulerit, & permiſerit, ut ſi heres adire nolit, nec ſubſtituti adſint aut coheredes ipſi fideicommiſſarii univerſales adire poſſint. *Nov.* 1. *c.* 1. §. 1.

§. XXV.

Quid ſi extructio operis debeatur? Expoſitio l. 11. §. ult. de Leg. 3.

Provocat etiam in probatione ſententiæ noſtræ Huberus *ad l.* 11. §. *ult. de Leg.* 3. *Si quis opus facere juſſus paratus ſit pecuniam dare Reipublicæ, ut ipſa faciat, cum teſtator per ipſum id fieri voluerit, non audietur, & ita D. Marcus reſcripſit.* Sed mallem ab hoc textu abſtinere, cum ratio ejus ſit paululum obſcurius ab Ulpiano indicata. Nam verba prout jacent videntur quidem indicare, quaſi ratio reſcripti D. Marci in eo fuerit poſita, *quod* ſcilicet *teſtator juſſerit, ut ipſe opus faceret*, unde videtur ſequi, ut, ſi hic juſſus non adfuiſſet, etiam Reſpublica debuiſſet pecuniam accipere. Hinc etiam Wiſſenbachius & Hoppius reſpondent, hoc inventum eſſe ſpeciale in favorem videlicet ultimæ voluntatis. Sed valde mihi ſuſpecta redditur hæc explicatio, & potius videtur Ulpianus feſtinans circumſtantiam primariam hujus deciſi omiſiſſe. Quemadmodum enim in verbis *Reip. dare ut ipſa faciat*, haud dubie non voluit, ut tota reſpublica debeat opus facere, ſed ſubintellexit verba *per alios*, ita firmiter mihi perſuadeo, Ulpianum in verbis ſequentibus *cum teſtator per ipſum id fieri voluerit*, ſubintellexiſſe, *per ipſum artificem*, vel *tanquam artificem.* Nimirum ſenſus communis docet, quod operæ hominum vulgares, ſi debeantur, poſſint expediri per alios & quod hic valeat regula, quod quis per alios facit, id ipſe feciſſe intelligitur. Sed tale exemplum operarum vulgarium inepte adduceretur ad probandam communem ſententiam, quod in pro-

Digitized by Google

promiſſis faciendi debitor liberetur præſtando intereſſe, cum intereſſe præſupponat aliud & diverſum quid ab eo, quod fuit promiſſum: At vero hic non aliud ſed morali aut potius politica æſtimatione idem cenſetur eſſe factum, quod per alios fit, adeoque ejus, cui fuit promiſſum, nihil etiam intereſt, quis opus faciat, modo opus fiat. Unde mihi imaginari nequeo, quod vel teſtator ita rigidus eſſe voluerit, ut in opere vulgari adigere voluerit legatarium ad operas proprias, vel etiam, quod Divus Marcus ineptum hoc deſiderium teſtatoris approbaverit reſcripto ſuo. Ergo potius credo, teſtatorem voluiſſe opus quoddam artificiale & minime vulgare in ſui memoriam ab herede vel legatario inſigni artifice in uſum Reipublicæ extrui, ipſum vere heredem poſt divitias a teſtatore acquiſitas ex ignavia aut ſtulta ambitione noluiſſe amplius artem ſuam exercere. Quemadmodum itaque in promiſſis artifex factum promittens ex noſtra ſententia ad id cogi poterit a judice, niſi actor ſponte actionem ad intereſſe elegerit, ita & D. Marcus ex eodem æquitatis naturalis principio iſtum heredem adigere voluit, ut ſatisfaciat voluntati teſtatoris.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

§. XXVI.

Reſpondetur objectionibus contra poteſtatem judicis cogendi pertinaces adductis.

Pergo jam ad ea, quæ ſupra §. *VII.* & *IIX.* diſſerui de poteſtate judicis cogendi promiſſores factorum ad facta præſtanda. De qua cum eadem nobiſcum docuerit Huberus, magno conatu Beyerus intendit, ut illam aſſertionem deſtrueret. Age videamus, &, ut tempori & chartæ parcamus, ſtatim exceptiones noſtras addamus. *Sed ne dicam*, inquit, *hæc remedia (manus militaris, mulctæ, carceris) juri Romano nimis rigida fuiſſe*, (Concedo apud Romanos in ſtatu libertatis poſt ejectos Reges, nego ſub Imperatoribus.) *& per l. 13. de re judic. tacite excludi.* (Nego

Digitized by Google

go & hoc per mox dicenda, cum ipſa hæc lex in ſcenam producetur) *res ipſa etiam tantam violentiam ferre non videtur: ſæpe id, quod promittitur, tanti non eſt;* (Ergo promittens eo facilius factum præſtare poterit; quod ſi autem nolit facere, tanto major eſt ejus pertinacia, quæ graviorem adeo pœnam meretur,) *ſæpiſſime quantumque ſit promiſſum, quoad actorem non refert, modo quod intereſt præſtetur.* (Sed hoc, utrum referat, nec ne, actoris arbitrio relinquendum eſt, ut de eo judicet, non rei, qui promiſit.) *Et quid ſi mulcta, carcer, & ſimilia frangendæ duræ cervici non ſufficiant? nonne vileſcit judicis autoritas, ſi ejusmodi exemplo palam faciat, ſe refractario in ordinem redigendo non ſufficere? nonne actor multo diutius vel in perpetuum re ſua defraudabitur, ſi præſtatio ejus, quod intereſt, non decernatur? pone enim, carceris incolam perpetuum futurum ejusmodi contumacem, pone, eum ultimo ſupplicio affici. Qui mori ſcit, cogi neſcit. Et hæc itaque in ludibrium actoris & judicis deſinerent; neque utimur ultimis ſuppliciis in cauſis civilibus.* (Imo; quid ſi cœlum ruat? Teſtatur quotidiana experientia, mulctam & carcerem eſſe ſufficientiſſima remedia, ad frangendam pertinaciam quantamcunque; Imo pone etiam, inter centum ejusmodi pertinaces unum non poſſe carcere & multa in ordinem redigi, reſponſionem inveniet hæc objectio *in l. 3. 4. 5. 6. ff. de Legibus.*) *Lubens itaque concedo Hubero, æque illicitum eſſe fidem frangere in promiſſione facti ac in promiſſione rei, quæro ſaltem de ſufficienti coactione.* (Sed ad hanc quæſtionem jam fuit reſponſum.) *Neque regulam, quod hic liberetur præſtando intereſſe, in favorem promittentis* (Sed ita recedit Beyerus a communi ſententia diſſentientium, quod acceptamus.) *ſed in favorem actoris* (Ergo actor non cogetur invitus, ut interesſe lo-

ſe loco facti accipiat) *& judicis introductam puto.* (Sed hic favor judicis per hactenus dicta eſt imaginarius & cerebrinus.)

§. XXVII.

Videamus nunc quibus legibus ortum debeat communis ſententia, & quid ad eas ſit reſpondendum. Primo ſolet ab omnibus provocari ad *l.13. in fine de re judic.* ubi Celſus caſum illum propoſuit, (qui tamen obſcuriſſime & vitioſiſſime exhibetur in corpore juris, quo utimur:) *Si quis promiſerit prohibere, ut aliquod damnum ſtipulator patiatur. & tamen non fecerit, quod promiſit,* (ſed damnum dederit, aut dari paſſus fuerit) *in pecuniam numeratam condemnatur, ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Quid clarius dici poterat, urgent diſſentientes, quam quod in omnibus faciendi obligationibus reus etiam invito actore ſit condemnandus, non ut factum præſtet, ſed ut pecuniam det, quanti actoris intereſt? Sed reſpondeo: ſecundum regulas bonæ interpretationis verba ſequentia non ſeparanda eſſe ab antecedentibus, ſed potius verba intelligenda eſſe ſecundum ſubſtratam materiam vel objectum præcedens, adeoque non ſimpliciter de omnibus, ſed de omnibus *ſimilibus* faciendi obligationibus Celſum voluiſſe loqui. At præcedens caſus, etſi quoad verba videatur conceptus eſſe de facto poſitivo, revera tamen promittens promiſerat, aliquid non fieri debere, id eſt, quod nec ipſe per alios velit damnum dare, & tamen contra promiſſum fecerat, ſive per ſe ſive per alios damnum dando. Scil. jam ſupra §. *XII.* notavimus, caſus ejusmodi non pertinere ad quæſtionem præſentem. Quod ſi hæc reſponſio non placeat, non deſunt adhuc aliæ: Dicit JCtus *in pecuniam numeratam condemnatur,* id eſt, condemnari *ſolet,* (ſi actor id petat,) non condemnari *debet,* (invito actore,) Et ita iterum nobis non

Reſpondetur ad leges diſſentientium, & l. quidam ad legem Celſi.

obſtat

Digitized by Google

obſtat hæc JCti aſſertio, etiamſi poſtea addantur verba, *ſicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*, ſi ſcilicet actor præ actione in factum elegerit actionem ad intereſſe. Denique etſi *omnium* faciendi obligationum mentionem faciat Celſus, & *omne*, in jure etiam, nihil excludere aut excipere regulariter ſoleat *arg. l. 13. C. mandati*, non tamen etiam juri Romano incognitum eſt, ut *omne* quandoque reſtringi debeat ad capacitatem & idoneitatem termini, cui adjicitur, etſi iſta capacitas alibi ſoleat exponi. Ita dum Pomponius *in l. 14. de recept. arbitr.* docet, arbitrum, ſi omiſerit diem partibus ſtatuere, ut cauſa diſceptetur, *omni tempore* cogendum eſſe ſententiam diſcere, id legaliter intelligendum eſt, non de tempore nocturno, nec de die feriato. Quid ergo prohibeat, quo minus etiam *omnes faciendi obligationes* in textu Celſi reſtringantur ad eas, ubi alias nullus alius exitus ſperari poteſt, & ubi actor damnum pateretur, ſi reus non condemnaretur in pecuniam, imprimis cum talis caſus præceſſerit.

§. XXIIX.

II. Ad legem Pauli de ſtipulatione certa & incerta.

Reliqui, qui adducuntur textus, pro probanda ſententia communi adhuc minus inferunt, ut ſatis mirari non poſſis, qui factum fuerit, ut viri celeberrimi eos in ſcenam producere fuerint auſi. Videamus nunc præ reliquis illos, qui ex tit. de verbor. oblig. adduci ſolent, Ad Paulum provocat Struvius *in l. 68. de V. O. Si pœnam* inquit, *ſtipulatus fuero, ſi mihi pecuniam non credidiſſes, certa eſt, & utilis ſtipulatio: Quodſi ita ſtipulatus fueris: pecuniam te mihi crediturum ſpondes, incerta eſt ſtipulatio, quia id venit in ſtipulationem, quod mea intereſt.* Reſpondeo: Baculus ſtat in angulo, ergo cras pluet. Nihil aliud hic intendit Paulus, quam ut oſtendat differentiam

inter

Digitized by Google

inter ſtipulationem certam & incertam, nulla fit mentio de eo, cujus gratia actio ad intereſſe fuerit inventa, itaque textus hic æque favet noſtræ ſententiæ ac ſententiæ diſſentientium, id eſt, nulli repugnat, ſed & nullam probat. Ut taceam, promiſſum de credenda pecunia magis pertinere ad promiſſa dandi, quam faciendi.

§. XXIX.

Provocant porro Wiſſenbachius & Hoppius ad Ulpianum ejusque prolixiorem locum in *l. 72. pr. de V. O.* cui adeo ut prolixiori reſponſione non ſit opus, ſtatim inferemus brevem explicationem. *Stipulationes non dividuntur* (vides igitur, Ulpianum hic eſſe ſollicitum de ſtipulationibus dividuis & individuis, minime de quæſtione noſtra) *earum rerum, quæ diviſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæ ductus, cæterarumque ſervitutum* (quæ in PATIENDO ſeu NON FACIENDO conſiſtunt.) *Idem puto & ſi quis FACIENDUM aliquid ſtipuletur* (voce hac latius hic ſuppoſita, quatenus ſolum non factis opponitur, & ſtipulationes dandi ſub ſe comprehendit) *utpote fundum TRADI* (habes hic exemplum promiſſionis dandi) *vel foſſam fodiri, vel inſulam fabricari, vel quidlibet ſimile.* (Id eſt hæ ſtipulationes omnes ſunt individuæ.) *Celſus tamen lib. 38. Digeſtorum refert, Tuberonem exiſtimaſſe* (id verum eſſe, ſi conſideres actionem ad factum adimplendum) *ubi quid fieri ſtipulemur*, (quodſi autem conſideremus actionem ad intereſſe) *ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere*, (inventam in favorem ſtipulatoris non promiſſoris, ſive traditio ſive foſſio, ſive fabricatio, ſive operæ promiſſæ fuerint; tum intuitu pecuniæ ſtipulationem non amplius eſſe individuam) *ideoque etiam in hoc genere dividi* (poſſe) *ſtipulationem: ſecundum quem* (Tuberonem) *Celſus ait*, (in actione hac ad

III. ad leges Ulpiani, de ſtipulationibus dividuis & individuis.

intereſſe actori) *juſta æſtimatione facti dandam eſſe petitionem* (cum determinatione certæ ſummæ pecuniæ.) His præſuppoſitis nihil huic legi addo, ſed potius expecto argumentum ſanum & veroſimile, ex hoc textu pro diſſentientibus: quamvis juſte metuam, me fruſtra expectaturum.

§. XXX.

IV de ſtipulatione certi ex promiſſa datione.

Placuit porro Wiſſenbachio alium textum Ulpiani ex eodem titulo allegare, videlicet *l.75.§.fin. eod. Hæc ſtipulatio, fundum Tuſculanum dari, oſtendit, ſe certi eſſe, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris, quoquo modo.* Recte, modo tradi poſſit. Idem etiam de facto dicendum. Interim ſi res dari nequeat, aut ſi etiam tardius detur, habebit ſtipulator actionem ad intereſſe æque ut in promiſſis faciendi, quamvis in factis plures dentur occaſiones ſupra explicatæ, ubi actoris magis intereſt, reum convenire ad ſolvendum intereſſe quam ad faciendum. Ergo & hic nulla apparet concluſio, quod in promiſſis, faciendi promittens invito actore poſſit pecuniam loco intereſſe obtrudere.

§. XXXI.

V. de actione ad intereſſe omiſſa ſtipulatione pœnali.

Sed forte in *l.18.eod.* latebit arcanum ſententiæ diſſentientium, quam Struvius & Hoppius citant, ubi idem Ulpianus: *Quoties quis aliquem, puta vel ſervum vel liberum hominem,* (liceat enim verba in corpore juris haud dubie vitioſe impreſſa aut tranſpoſita, debito loco referre) *ſiſti promittat, nec adjiciat poenam* (aut ſtipulationem pœnalem) *quæritur, an committatur ſtipulatio* (promiſſo non ſervato, ita ut ſtipulator poſſit promittentem convenire ad intereſſe, ſuppoſito ſcilicet caſu: quod actori nihil profuturum ſit, etiamſi reus hominem nunc ſiſtere velit.) *Et Celſus ait, etſi non eſt huic ſtipulationi additum, niſi ſteterit*

terit pœnam dari (adeoque videri poterat, actorem non poſſe intereſſe petere, cum ſtipulatio ſit ſtricti juris, & ſic ex ſtipulatione non videatur agi poſſe, cum intereſſe non fuerit in ſtipulationem deductum; tamen nullum eſſe dubium, tacite ſaltem illam ſtipulationem actionem) *in id quanti intereſt liti continere. Et verum eſt, quod Celſus ait. Nam qui alium ſiſti promittit, hoc* (ſimul ex natura negotii) *promittit, id ſe acturum, ut ſtet,* (adeoque ſi hoc non fecerit, ſe ſoluturum eſſe actori intereſſe, neque adeo promiſſiones ſtricti juris ita ſunt explicandæ, ac ſi omnem fidem excludant, aut quid admittant omni bonæ ſidei adverſum.) Jam iterum expecto argumentum ex hoc textu, cujus concluſio ſit: Ergo promittens liberatur in promiſſis facti, ſi actori etiam invito ſolvat intereſſe.

§. XXXII.

Sequitur *l. 112. §. 1. eod. tit.* quam pro communi ſententia producunt Struvius & Hoppius. Explicat autem in ea lege Pomponius JCtus, quid involvat promiſſio ſatisdationis. *Si quis*, ait, *ita ſtipulatus fuerit; Pro centum aureis ſatis dabis & reum dederis in iſtam ſummam: Proculus ait, ſemper in ſatisdationis ſtipulatione venire, quod intereſſet ſtipulantis, ut alias tota ſors ineſſet, veluti, ſi idoneus promiſſor non ſit: alias minus, ſi in aliquid idoneus eſſet debitor, alias nihil, tam locuples eſſet, ut noſtra non interſit, ſatis ab eo accipere, niſi, quod plerumque idonei non tam patrimonio, quam fide quoque æſtimentur.* Sed nec ullum veſtigium apparet, ut ex hac lege inferre poſſis: Ergo in promiſſis faciendi promittens liberatur præſtando pro lubitu intereſſe. *VI. Ad legem Pomponii de promiſſa ſatisdatione.*

Digitized by Google

§. XXXIII.

VII. Iterum ad legem Ulpiani de fundo certa die præſtando.

Denique Wiſſenbachius iterum ad Ulpianum provocat *in l. 114. de V. O. Si fundum certa die præſtari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quo minus ea die præſtetur: conſecuturum me, quanti ea die interſit, moram factam non eſſe.* Reſpondeo: Ulpiannm hic loqui de promiſſo dandi, non faciendi, de quo tamen controverſia. Deinde loquitur de præſtatione certa die facienda. At jam ſupra §. *XI.* oſtendimus, hoc caſu tam in ſtipulationibus dandi, quam faciendi actionem ad intereſſe inventam in favorem ſtipulatoris non promiſſoris.

§. XXXIV.

VIII. Denique ad textus de emtione.

Eadem eſt reſponſio ad textus a Wiſſenbachio ex doctrina de emtione adductos, cum & in his promiſſa fuerit datio, non factum, de quo ſermo eſt. Unde ſaltem textus illos ſine ulteriori nota recenſebimus. Primus eſt Celſi *in l. 12. de act. emti. Si jactum retis emero, & jactare retem piſcator noluit, incertum ejus rei æſtimandum eſt. Si, quod extraxit piſcium reddere mihi noluit, id æſtimari debet, quod extraxit.* Alter textus Diocletiani eſt *in l. 4. C. eod. tit. Si traditio rei venditæ juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emtionem fueris arbitratus Præſes provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.*

§. XXXV.

Reſpondetur ad rationes diſſentientium, quaſi ſcilicet factum promittens cogi non poſſit.

Quamvis autem ſenſus communis doceat, non entis nulla eſſe alias prædicata, adeoque etiam ſententiæ communis, quod jure Romano promiſſor facti liberetur præſtando intereſſe, nunquam hactenus probatæ nec probandæ, nulla poſſit dari ratio, audiamus tamen ex ſuperfluo, quam rationem afferre ſoleant JCti, eam doctrinam inculcantes.

Ita

Ita vero ratiocinatur Hoppius. *Quia factum ab invito extorqueri non poteſt, ne jus libertatis quodammodo infringatur, & ſervitutis ſpecies inducatur* l. 71. §. 2. de cond. & demonſtr. *Taceo incommoda, quæ ex tali coactione ſequi poſſent: Qui enim ad ædificandum v. g. obligatus, nonne ſi ſevère nimis cogeretur, ultioni indulgens, opus ruinoſum eſſet facturus. Vide Manzium* ad hunc §. fin. n. 9. *ut adeo per ipſam rerum naturam impoſſibile videatur, ad facti implementum cogere invitum.* Quod tamen ſtatim declarat, intelligendum eſſe non de facto qualificato ſed de nudo, v. g. Romam ire, tabulam pingere, inſulam ædificare, artibns liberalibus aliquem inſtruere &c. de qua diſtinctione mentem noſtram jam aperuimus ſupra §. *XX.* Vides adeo duplicem potiſſimum rationem afferre Hoppium, unde ortum duxerit brocardicum vulgare, quod debitor facti liberetur præſtando intereſſe, unam impoſſibilitatem coactionis & quod de facto cogi non poſſit, alteram coactionis iniquitatem, & quod ad factum cogi non debeat. Hic in genere noto, quod hoc modo confundantur duæ diſtinctæ quæſtiones. Si enim ideo debitor non cogendus eſt ad factum, quod non poſſit a judice cogi, tum haud dubie inventa eſt actio ad intereſſe in favorem actoris, non rei: quod nos defendimus Quodſi autem reus cogi non debeat, tum actio ad intereſſe inventa eſt in favorem rei: quod negamus. Unde etiam Beyerus, cum conceſſerit actionem ad intereſſe inventam eſſe in favorem actoris & judicis, non ſine ratione adjecit, *neceſſe non videri, ut ad l. 71. §. 2. de cond. & demonſtr. provocetur.* Quod vero in ſpecie attinet impoſſibilitatem coactionis ab Hoppio objectam, ad eam jam ſupra reſpondimus abunde, partim §. *IIX.* oſtendendo poſſibilitatem; partim §. *XXIV.* reſpondendo dubiis Beyeri. Doleo autem, quod acutus alias Hoppius ſe paſſus fuerit ſeduci per autori-

Digitized by Google

toritatem Manzii, cum tamen Manzius vix micam judicii habuerit, etſi ubique in commentario ad Inſtitutiones aſſertorum ſuorum rationes, & rationum rationes crepet. Itaque & exemplum ex Manzio adductum nihil adverſus nos probat. Is enim qui ædificaturum ſe promiſit, vel dirigit hoc factum & pro ſuo lubitu ædificat absque directione ſtipulatoris, vel præſtat ſaltem operas corporis, dirigente ædificationem ipſo domino ædificii. Poſteriori caſu non ita facile erit timenda ultio per ædificationem ruinoſi operis. Priori caſu timenda quidem eſſet, ſed propterea tamen ipſe non liberabitur, ex ſuo arbitrio intereſſe præſtans, ſed actor æſtimabit, annon utilius ipſi ſit, ut tum intereſſe petat. Vt taceam, ſi promiſſor ſit homo nequam aut ignavus, eundem timorem ſubeſſe, etiamſi ſponte & ſine ulla actione inſtituta ſe offerat ad præſtandum, quod promiſerat. Et tamen nemo dicet, quod hoc caſu auctor poſſit petere a reo, ut intereſſe præſtet.

§. XXXVI.

Nec debeat, propter l. 71. §. 2. de condit. & demonſtr.

Deinde quod illam aſſertionem attinet, quod judex reum, qui factum promiſit, non debeat cogere, uti jam ſupra §. *VI.* contrarium fuit oſtenſum, ita textus qui pro ejus probatione adductus fuit, nihil minus probat, & præterea obſcurus, dubius, & forte æque ipſius juris Romani principiis ac juri naturali adverſus eſt. *Titio*, inquit Papinianus *d. l. 72. §. 2. de cond. & demmonſtr. centum relicta ſunt, ita, ut a monumento non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habet: poteſt dici, non eſſe locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Sed in defuncti libertis alio jure utimur.* Etſi enim doctiſſimus Cujacius in Papiniano ſuo ad hunc textum (*Tom. 2. oper. poſthum, fol.* 454.) nihil habeat, quod de eo moneat, ſed potius intendat illuſtrare doctrinam Papiniani ex Venulejo, qui *l. 2. de lib. hom. exhib.*

exhib. pariter docuerit, quod *non multum a ſpecie ſervientium differant, quibus facultas non detur recedendi;* tamen aut dicerem, (ſalva autoritate Papiniani, quem alias valde veneror,) ſi vere ſenſit, in iſtis duobus caſibus ab ipſo memoratis cautionem Mutianam remitti, nec teneri legatarium illos modos adimplere, Papinianum hic dormitaſſe, aut, quod mihi veroſimilius videtur, propoſitionem illam per modum objectionis & rationem dubitandi ab eo fuiſſe propoſitam, ita tamen ut magis ipſe in ſententiam adverſam inclinaret. Prius quod attinet, per pleroſque modos legatis adjectos infringitur jus libertatis, & tamen de reliquis nemo dubitat, quin cautio Mutiana præſtanda ſit. Deinde ſi receſſio a monumento, (ut veroſimile ex comparatione cum mutatione domicilii) denotat non momentaneam, ſed plenariam receſſionem, falſum eſt, quod ſervis ſint æquiparandi, qui ſic a monumento recedere non poſſunt. Porro ſi legatarius nolebat abſtinere a mutatione domicilii aut a receſſione a monumento, cur non repudiabat legatum? Nemo enim ad id cogebat &c. Poſterius vero quod concernit, crederem verba Papiniani: *poteſt dici*, & ſubſequentem particulam *ſed*, innuere potius, quod Papinianus magis inclinaverit ad ſententiam adverſam. Verum hic nondum aliquid definio, ſed potius alii occaſioni reſervo pleniorem & diſtinctiorem hujus legis Papinianeæ explicationem. Poſito, autem, indubiam plane eſſe ſententiam illam, quod cautio illa Mutiana in dictis duobus caſibus non ſit præſtanda, nondum tamen video, qua ratione inde concludi poſſit, quod factum quodcunque promittens liberetur præſtando intereſſe. Nam initio quidem nullum eſt dubium, quin facta plurima, ut ire, ædificare, pingere, &c. toto cœlo ſint diverſa a factis illis duobus a Papiniani adductis, & quod ſenſui communi repugnaret, ſi quis aſſereret, parum

rum

Digitized by Google

rum a ſervis differre, qui cogerentur ire, ædificare, pingere. Deinde etſi maxime liceret argumentari a factis illis duobus ad reliqua, tamen plus probaret ille textus Papiniani, quam probare debere. Nam exinde ſequeretur, ut & in reliquis factis ne quidem promiſſor deberet condemnari ad intereſſe, ſed potius ſimpliciter remittendum eſſe factum promiſſori, uti Doctores docent, remitti in duobus dictis caſibus legatario, ut non cogatur, manere in loco monumenti, aut retinere domicilium, absque reſtitutione legati. Ergo quorſum te vertas, claudicabit illud argumentum a caſibus iſtis duobus a facta reliqua.

§. XXXVII.

Diſſenſus ICtorum Romanorum an ſtipulatio pœnalis inducat novationem?

Reſtat, ut pauca ſubjiciamus ad illuſtranda ea, quæ ſupra, §. *XVI. in fine* de ſtipulatione pœnali, adjecta notavimus, an per eam inducatur novatio. Dixi ibidem eos, qui ſententiam communem defendunt, quod in promiſſis factorum ſine adjecta ſtipulatione pœnali debeant promiſſores liberari præſtando intereſſe, debere multo magis aſſerere, eos liberari pœnali ſtipulatione adjecta, & tamen eſſe, qui contrarium aſſerant. Huc refero Wiſſenbachium, qui *dicta Exerc. 26. ad tit. de V. O. th.* 11. negat, novationem induci, eumque in finem recte allegatur *l. ita ſtipulatus* 115. §. *ult. l.* 122. §. *Flavius ff. de V. O. l.* 10. *de Pactis.* Nullum tamen eſt dubium, ICtos Romanos in hac quæſtione diſſenſiſſe, ut vel ex *d. l.* 115. §. *ult.* patet. Et diſerte Paulus (cujus loco ex errore ſubſtituit Papinianum Wiſſenbachius *dict. th.* 11. *in fin.*) *in l.* 44. §. *ult. de O. & A.* ſtatuit, novationem induci per ſtipulationem pœnalem, ac nimis coacta iterum eſt Wiſſenbachii conciliatio, Paulum loqui de novatione non vera ſed quaſi tali.

§. XXXIIX.

Duo novi

Imo ex adductis a Wiſſenbachio legibus modo cita-

citatis novum accedit argumentum ſi non pro probanda, ſaltem pro illuſtranda ſententia noſtra. Equidem *legem* 125. *§.ult.* primo loco citatam lubentes omittimus, cum loquatur de ſtipulatione dandi. Sed cum alter textus *l.* 122. *§.* 2. loquatur de ſtipulatione facti, age videamus quid in ea memoret Scævola. *Flavius*, inquit, *Hermes hominem Stichum manumiſſionis cauſa donavit, & ita de eo ſtipulatus eſt. Si hominem Stichum de quo agitur, quem hoc die donationis cauſa, manumiſſionisque dedi, a te, hæredeque tuo manumiſſus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat: pœnæ nomine quinquaginta dari ſtipulatus eſt Flavius Hermes, ſpoſpondit Claudius: Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire poteſt? Reſpondit, nihil proponi cur non poteſt. Item quæro, an ſi Flavii Hermetis hæres a Claudii hærede pœnam ſupra ſcriptam petere voluerit, Claudii hæres libertatem Sticho præſtare poſſit, ut pœna liberetur? Reſpondit poſſe.* Vides hic, factum promiſit Claudius, nempe manumiſſionem Stichi, ſtipulatio pœnalis de præſtando intereſſe adjecta eſt, & tamen in ſtipulatoris arbitrio ſitum eſt, utrum velit convenire promiſſorem ad factum præſtandum: Imo etiamſi conveniat de præſtando intereſſe, tamen promiſſorem & ejus hæredes poſſe liberari præſtando factum, non autem, ſi conveniantur ad præſtandum factum, poſſe liberari præſtando pœnam ſeu intereſſe. Porro quod *d. l.* 10. *§.* 1. *de pactis* attinet, hæc notavit ibi Ulpianus: *Si pacto ſubjecta ſit pœnæ ſtipulatio, quæritur, utrum pacti exceptio locum habeat, an ex ſtipulatu actio. Sabinus putat, quod eſt verius, utraque via uti poſſe, prout elegerit, qui ſtipulatus eſt, ſi tamen ex cauſa pacti exceptione utatur, æquum erit, accepto*

textus juris Romani pro noſtra ſententia.

 eo

eo ſtipulationem ferre. Hic initio præſuppono, Ulpianum hic non diſtinguere, utrum pacto promiſſa ſit datio vel factum, præſuppono ſtipulationes pœnales plerumque promiſſis factorum adjectas eſſe. Tantum vero abeſt, ut Vlpianus hic electionem debitori concedat, utrum loco facti velit præſtare intereſſe, ut potius diſerte ſtipulatori electionem det, ut factum petere poſſit, etſi alias ex pacto nudo nulla concedatur Jure Romano actio, videlicet, ut credo, propter adjectam ſtipulationem.

§. XXXIX.

Antonii Fabri error, etiam in promiſſis, dandi debitorem liberari præſtando intereſſe.

Oſtendent vero hactenus dicta primariam cauſam, cur Dd. communis ſententiæ in eam inciderint, in eo quærendam eſſe, quod, cum in legibus Romanis legerent, contrahentes ſi fidem ſervare & facta promiſſa præſtare nolint, debeant ad intereſſe condemnari, putaverint, condemnationem hanc inventam eſſe in favorem debitorum. Sed uti jam ſupra notavi §. *VI.* non mirandum eſſe, quod alii ICti ſemel admiſſa hac falſa illatione ſibi perſuaſerint, etiam in obligationibus dandi promiſſorem non poſſe cogi ad dandum, ſed liberari præſtando intereſſe; Ita ut eius aſſertionis exemplum dem, quis ICtorum & Juris Romani interpretum acutior fuit Antonio Fabro? At hic *Part. 4. de errorib. Pragmat. decad.* 85. *errore* 4. 5. 6. in eo totus eſt, ut oſtendat, falſam & erroneam eſſe doctrinam eorum, qui doceant quod is, qui ad dandum ſit obligatus, & in ſpecie venditor, præciſe ad dandum debeat condamnari, aut a creditore urgeri, ac ad textus diſſentientium reſpondeat. Et revera non video, quomodo diſſentientes eum refutare poſſint, cum ejus argumenta prope ſint eadem cum argumentis, ex quibus ipſi inferre volunt, quod factum promittens non condemnari debeat præciſe ad factum v. g. dum *dict. err.* 4.

p. 345.

p. 345.urget, venditorem eo ipſo dum ad dandum obligatus eſt, obligatum ſimul eſſe ad tradendum; ſed iſtam obligationem tradendi æque eſſe meri facti, nec magis fieri poſſe ſine vi, ut venditor præciſe cogatur rem tradere, quam ut pro te Romam eat, vel tabulam pingat, (conf. ſupra §.XXXIX.) Nec deeſſe juris textus; cum ſæpius dicatur, venditorem, ſi rem non tradat, teneri ad id quod intereſt emtoris, ſed omnium apertiſſimum eſſe, qui *electionem* det venditori, nimirum *l. contractus* 17. *C. de fide inſtrum.* in illis verbis: *NECESSITAS venditori imponatur, VEL contractum venditionis perficere.* (i. e. rem venditam tradere) *VEL id quod emtoris intereſt, perſolvere.* Porro nec obſtare leges a diſſentientibus adductas, cum in illis nihil amplius dicatur, quam venditorem obligari ad hoc, ut rem tradat. Sed hoc a nemine negari, imo eo ipſo ſupponi, dum ſtatuatur, venditorem, ſi rem non tradat, teneri ad id, quod emtoris intereſt, & de eo ſaltem diſputari, an cogi poſſit præciſe, ut tradat, an ſaltem ſub illa alternatione & diſtinctione. Unde etiam, id quo ſcriptum eſt *in §. pretium Inſt. de emt. vendit.* (*Tunc omnimodo ſecundum ejus æſtimationem & pretium perſolvatur, & res tradatur*) non de præciſa rei venditæ traditione intelligi debere, ſed de præciſa neceſſitate venditionis adimplendæ & ad effectum perducendæ datis utrimque actionibus emti & venditi. Perinde autem adimpleri venditionem præſtante venditore, quicquid actoris intereſt ob rem non traditam, ac ſi res traderetur. Quid enim amplius intereſſe poſſit ejus, cui præſtetur, quicquid intereſt, &c. Hic vellem audire, quid reſponſuri ſint Fabro JCti, qui docent, in promiſſis faciendi liberari debitorem etiam invito creditori ſolventem intereſſe, cum eadem lyra hic uſus fuerit Antonius Fa-

 ber,

ber, qua ipſi uti ſolent. Cum contra ex noſtra hypotheſi nihil ſit facilius.

§. XL.

Moribus Germaniæ evidens eſt, debitorem facti non liberari præſtando intereſſe,

Hactenus de ſententia juris Romani. Quod tandem Jus patrium & mores Germaniæ & praxin forenſem attinet, ſi iterum abſtrahamus initio ab omni autoritate Doctorum, & ſaltem hiſtoriam morum antiquorum conſideremus, & ſententias in ejusmodi factorum obligatione ſæpiſſime obvenientes adſpiciamus, hic iterum nullum erit dubium, quin ſententia noſtra in foris Germaniæ obtineat, communis autem ibi exulet. Jam Taciti tempore tantopere fidem ſemel datam ſanctiſſime ſervare adſueti erant Germani, ut etiam alea victi voluntariam ſervitutem ſubierint, ſi libertatem & corpus ſemel aleæ ſubjecerint, (Tacitus *de mor. Germ. c. 24.*) etſi alias Germanicis populis ſemper chariſſima fuerit libertas. Adeoque ignorabant antiquitus Germani diſtinctiones omnes Romanorum inter pacta & contractus, item contractuum ſubdiviſiones, imprimis autem diviſionem inter ſolennem ſtipulationem & pacta ſimplicia: Ignorarunt etiam multo magis differentiam illam inter promiſſa dandi & faciendi, quod promiſſor non teneatur implere factum, ſed liberetur præſtando intereſſe, imprimis, cum hactenus fuerit oſtenſum, quod & ipſum jus Romanum hanc differentiam ignoraverit. Sed & experientia teſtatur quotidie, ruſticos condemnari ad præſtandas operas debitas domino; daß ſie ihre Frohndienſte zu leiſten ſchuldig; nec caſus occurret, ut ruſticus ejusmodi (etiamſi non fuerit homo proprius) invito domino ſe liberare potuerit præſtando intereſſe.

§. XLI.

§. XLI.

Quod etiam probatur per autoritates JCtorum.

Sed nec deſunt tamen etiam autores teſtimonium de illo uſu Germaniæ præſtantes. De moribus Belgicis & Antwerpienſibus ſtatuta eo pertinentia citarunt Grœnewegen *ad l. 13. de re judic.* Chriſtinæus, *Vol. 1. Dec. 323. n. 8.* & ex his Wiſſenbach. *d. diſſert. 26. ad tit. de rum. V. O. th. 9.* item Beyerus *ad Pandectas de O. & A. in not. p. 575.* ubi & Greveum *citat. ad Inſtit. loca difficiliora diſſ. XI. th. 6.* Hanc ſententiam etiam ad mores noſtræ Germaniæ applicat Schilter *Exer. 8. §. 2. & Ex. 12. §. 11.* etſi ipſe alias arbitretur, jure Romano communem ſententiam obtinuiſſe. In ſpecie, quod operas ruſticorum attinet, huc faciunt ea, quæ latius diſſerit Carpzovius *lib. I. Tit. 6. reſp. 52.* In arbitrio ruſticorum ne quidem in eo caſu electionem eſſe, utrum loco operarum pecuniam ſolvere velint, ubi hactenus loco operarum per aliquod tempus præſtita fuerit pecunia, aut ubi promiſſio alternativa adſit de operis vel pecunia præſtandis, niſi conſtet, quod illa præſtatio pecuniæ aut promiſſio alternativa facta fuerit in favorem ruſticorum. Quamuis & hic nova oriatur quæſtio, pro qua parte in dubio præſumendum ſit, utrum promiſſio disjunctiva facta ſit in favorem domini, an ruſticorum, item utrum præſtatio pecuniæ loco operarum aut, operarum loco pecuniæ poſſit mutari a domino pro lubitu invitis ruſticis, qua de re *vide* Carpzov. *d. l.* Klockium *de contrib. cap. 2. n. 64. ſeq.* Mihi placet Klockii ſententia: non licere domino ſervitia in pecuniariam præſtationem permutare, niſi neceſſitate urgente & boni viri æſtimatione interveniente, vice verſa ſubditum ad ſeruitia teneri, etiamſi in pecunia pro iis hactenus ſoluta in poſterum etiam ſolvenda permanere velit, niſi ipſe probaverit, dominum ſervitiorum præſtationem vendidiſſe quaſi pro præſtatione pecuniæ, adeoque ſolam longiſſimi tem-

poris præſtationem pecuniæ non ſufficere ruſticis ad præſcriptionem non præſtandarum operarum.

§. XLII.

Reſponſiones ad rationes diſſentientium, in ſpecie Lauterbachii.

Diſſentiunt tamen Lauterbachius, Schöpferus, Strykius, Beyerus, quibus paucis ſatisfaciendum erit. Et generaliter quidem ſufficere poſſet, ſi diceremus, falſo ſupponi, quod Jure Romano factum promittens non cogi potuerit, vel debuerit ad id præſtandum; adeoque falſam illam aſſertionem non potuiſſe, ut jus Romanum, recipi in Germania. Sed nec deſunt tamen etiam reſponſiones magis ſpeciales. Lauterbachio jam ſatisfecit Schilterus *d. Exerc.* 8. *§.* 2. *& d. exerc.* 12. *§.* 11. Nam cum Lauterbachius *Exerc.* 8. *concl.* 3. docuiſſet, ſententiam illam communem regulariter etiam in Germania eſſe receptam, niſi probetur receptio contrariæ doctrinæ, recte excipit Schilterus; Fidem præciſe ſervandam eſſe, moribus Germanicis obtinuiſſe, antequam Jus Romanum in Germaniam fuerit introductum; principia vero Quiritium peculiaria regulariter non quadrare ad mores Germanorum; ergo cenſendum eſſe, quod illa etiam poſt cognitum Jus Romanum in fora Germaniæ non fuerint introducta & recepta, niſi receptio illa in ſpecie probetur.

§. XLIII.

Schöpfferi,

Ergo, etiamſi verum dixiſſet Schöpfferus *in Synopſi juris privati ad tit. pand. de pactis num.* 29. ſententiam Schilteri in Marchia & Saxonia applauſum mereri nullum, id tamen nec nobis nec Schiltero obſtaret, ſi ſcilicet in Marchia & Saxonia ſpecialiter receptum fuerit, ut factum promittens liberetur præſtando intereſſe. Sed minime dixit verum, non ex propoſito aut mala fide, ſed ex errore & judicii defectu, dum putavit: JCtum Marchicum & Saxonicum eſſe ipſam Marchiam & Saxoniam. Citat enim pro

pro-

probanda hac aſſertione Strykium *ejusque Uſ. modern. ad tit. ff. de pactis* § 10. Sed Strykius ne verbulum quidem de Marchia & Saxonia memorat, etſi fuerit JCtus Marchicus & Saxonicus, ſed ſaltem dubium aliud movet contra argumentum Schilteri, adeoque a Schiltero diſſentit non ratione Marchiæ & Saxoniæ in ſpecie, ſed ratione Germaniæ in genere. Imo etiamſi ponamus, omnes Profeſſores Marchicos & Saxonicos aſſerere, ſententiam communem erroneam a nobis refutatam receptam eſſe in Germania, tamen jam alibi (ſcilicet *in diſput. de recte form. ſtat. controv. in quæſt. de uſu jur. Rom. in for. Germ.*) palpabiliter oſtendit. Dn. Præſes, ſcripta Profeſſorum (& Practicorum etiam) non facere aut probare uſum forenſem.

§. XLIV.

Audiamus igitur ipſum Strykium & rationem ejus examinemus. Concedit ille *d. §. 10. ad tit. de pactis, pacta quidem* omnia (etiam quatenus contractibus Romanorum opponuntur) *efficacia eſſe* ad actionem producendam, ſed negat *ex hac efficacia pactorum apud* Germanos *recte inferri, ut etiam apud Germanos factum promittens ad id præſtandum cogi debeat.* Rationem negationis dat illam, quod *etſi ſtipulatio apud Romanos fuerit contractus validiſſimus, tamen non potuiſſe* jure Romano (ſecundum communem ſententiam) *cogi promittentem ad factum*, ſed liberatum fuiſſe præſtando intereſſe. Inde autem ſequi arbitratur, *ut nec major efficacia hoc paſſu pactis* Germanorum *tribui poſſit*, quam ſtipulationi Romanorum. Quin & in *ſeq. §. 15.* eandem doctrinam repetit & applicat ad quæſtionem, *an apud Germanos valeat pactum de hereditate tertii*, quam pariter negat, mentem ſuam ulterius declarans, *quod ſemper hic adhibendum ſit argumentum a ſtipulatione ad pactum negative: De quo negotio prohibita eſt ſtipulatio* (Romanorum) *Strykii,*

Digitized by Google

rum) *de eo etiam pactum* (Germanorum.) Addit: *quippe pactum* (Germanorum) *hodie ſubintrat locum ſtipulationis* (Romanæ) *unde prohibitio legis, quæ ſtipulationi obſtabat, etiam obſtabit validitati pacti.* Sed ad iſta quidem facilis eſt reſponſio evidens. Negamus enim, ſalva reverentia, tam celebri JCto, etiam poſt mortem debita, iſtud axioma, negativum a ſtipulatione Romanorum ad pacta Germanorum, cum ſtipulationem Romanam ignoraverint Germani pluribus ſeculis ante receptum Jus Romanorum, & ipſe vir celeberrimus fateatur alibi, Jus Romanorum poſtea ſaltem receptum eſſe ut ſubſidiarium, id eſt non corrigendo mores Germanorum, ſed defectus quosdam ſupplendo. Et liberalitate tamen addimus ulterius limitationem illius axiomatis, ut valeat ſaltem in illis doctrinis, quas jus Romanum repetiit in materia ſtipulationis ex jure naturæ, ſed tales nequaquam ſunt doctrinæ de prohibita ſtipulatione ſuper hæreditate tertii, aut de liberatione promiſſoris facti præſtando intereſſe, (etſi Jus Romanum hoc poſterius etiam recepiſſet in ſtipulatione, quod ſemper eſt repetendum.) Conf. dicta *§. XLII.*

§. XLV.

Denique Beyeri.

Senſit forte Beyerus imbecillitatem iſtius axiomatis, unde etſi *d. p.* 575. non fateri voluerit praxin ſententiæ noſtræ in foris Germaniæ, noluit tamen uti illo axiomate Strykiano, ſed ſaltem hoc dubium movit, ut deſideraret, quod aſſertores praxeos Germanicæ *non expoſuerint, quomodo refractarii* (qui factum promiſerant) *cogerentur* ad factum præſtandum. Sed & huic dubio jam ſupra ſatisfecimus. Coguntur divites mulcta pecuniaria, pauperes carcere, additis tamen limitationibus, quas *§. X. & ſeqq.* latius expoſuimus.

F I N I S.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE